

ARTICLE DE LA REVUE JURIDIQUE THÉMIS

On peut se procurer ce numéro de la Revue juridique Thémis à l'adresse suivante :

Les Éditions Thémis

Faculté de droit, Université de Montréal

C.P. 6128, Succ. Centre-Ville

Montréal, Québec

H3C 3J7

Téléphone : (514)343-6627

Télécopieur : (514)343-6779

Courriel : themis@droit.umontreal.ca

© Éditions Thémis inc.

Toute reproduction ou distribution interdite
disponible à : www.themis.umontreal.ca

La Revue juridique Thémis / volume 29 - numéro 1

Réglementation de la surveillance

étatique: les avantages de l'article 7

par rapport à l'article 8 de la Charte

canadienne

Bernard LETENDRE^[1]

INTRODUCTION 3

I. FAIBLESSES ET INCONVÉNIENTS DU RÉGIME ACTUEL DE

RÉGLEMENTATION DES ACTIVITÉS DE SURVEILLANCE DE L'ÉTAT 4

A. Les affaires Duarte et Thompson 4

B. L'affaire Wong 7

C. L'arrêt Wise 10

II. UN NOUVEAU RÉGIME DE RÉGLEMENTATION DES ACTIVITÉS

DE SURVEILLANCE DE L'ÉTAT 12

A. Réglementation des atteintes matérielles: l'article 8 de

la Charte 13

1. Les fouilles, perquisitions et saisies dans le régime proposé 13

2. Domaine d'application de l'article 8 dans le régime proposé 15

a) *Domaine d'application a priori* 15

b) *Restriction du domaine a priori: le critère de*

l'attente raisonnable 16

B. Réglementation générale des activités de surveillance de l'État:

l'article 7 de la Charte 17

1. Notes sur la surveillance 18

a) *Effet psychologique de la surveillance* 19

b) *La menace de répression* 20

2. Fondement de l'application de l'article 7 21

3. La protection conférée par l'article 7 22

a) *Non-pertinence du mode de surveillance employé* 22

b) *Non-nécessité d'une atteinte à la vie privée* 24

i) La vie privée telle qu'on l'entend à l'article 7 24

ii) Non-nécessité d'une atteinte à la vie privée 25

c) *Mécanisme d'application* 28

CONCLUSION 29

L'article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*^[2] ne s'applique que lorsqu'il existe un intérêt de vie privée à protéger. D'autre part, cet article ne vise que les fouilles, les perquisitions ou les saisies. L'article 8 de la Charte, tel qu'il a été interprété par nos tribunaux, ne protège donc la société que contre les actions de l'État qui constituent *à la fois* une atteinte à la vie privée *et* une fouille, une perquisition ou une saisie.

Un problème survient lorsque les tribunaux veulent sanctionner une activité de surveillance qui, bien qu'elle ne vise aucun intérêt de vie privée ni ne constitue une fouille, une perquisition ou une saisie, semble trop menaçante pour la liberté pour être laissée à la totale discrétion de l'État. La solution retenue par la Cour suprême dans les affaires portant sur la surveillance électronique^[3] fut de conclure dans chaque cas à l'existence d'une attente raisonnable de vie privée et d'étirer le sens des mots <<fouille>>, <<perquisition>> et <<saisie>> afin d'en étendre le sens à toutes les formes de surveillance électronique.

La rationalité d'un système juridique, a déjà écrit François Ost, passe par sa cohérence:

Ce qui, fondamentalement, polarise l'interprétation de la loi par le juge, c'est le souci de maintenir, ou de restaurer, l'harmonie, la cohérence, la complétude, bref la rationalité du système juridique dans son ensemble.^[4]

Le système de réglementation de la surveillance étatique développé par la Cour suprême ne rencontre malheureusement pas toujours les exigences de cohérence et de rationalité qui devraient caractériser un tel système.

Les défauts du système de réglementation de la surveillance électronique développé par la Cour suprême dans les affaires *Duarte, Thompson, Wong et Wise*^[5] sont attribuables, selon nous, au fait que celui-ci ne fut pas développé dans la perspective plus grande de la réglementation par la Charte de *toutes* les formes de surveillance étatique.

D'une part, nous entendons démontrer, dans le présent article, que l'application de l'article 8 de la Charte à la surveillance électronique devait inévitablement donner lieu à des faiblesses et à des contradictions. Nous entendons démontrer, d'autre part, que la Cour suprême aurait pu, en utilisant l'article 7 plutôt que l'article 8 de la Charte, atteindre son objectif de réglementer la surveillance électronique, tout en évitant ces contradictions et avec l'avantage supplémentaire de doter notre système juridique d'un mécanisme de contrôle de *toutes* les activités de surveillance

de l'État.

I. FAIBLESSES ET INCONVÉNIENTS DU RÉGIME ACTUEL DE RÉGLEMENTATION DES ACTIVITÉS DE SURVEILLANCE DE L'ÉTAT

Nous étudierons dans la présente partie quatre arrêts relatifs à l'article 8 de la Charte. Il s'agit des affaires *Duarte, Thompson, Wong et Wise*[6]. Ces affaires portent toutes sur l'application de l'article 8 de la Charte à ce que l'on nomme la surveillance électronique. Nous tenterons de démontrer, par l'étude de ces quatre arrêts, certaines lacunes du système développé par la Cour suprême pour réglementer la surveillance électronique grâce à la Charte.

A. Les affaires *Duarte* et *Thompson*

C'est dans l'affaire *R. c. Duarte* que la Cour suprême a affirmé pour la première fois que <<la surveillance électronique d'un particulier par un organe de l'État constitue une fouille, une perquisition ou une saisie abusive au sens de l'article 8 de la Charte>>[7]. Le fait que les conclusions de cette affaire relativement à l'applicabilité de l'article 8 de la Charte en matière d'enregistrement participatif aient été appliquées par la suite à l'interception de communications, à l'enregistrement magnétoscopique et à la filature à l'aide d'une balise radio en fait une cause particulièrement importante.

Il était question, dans cette affaire, de l'enregistrement (et non de l'interception), par un agent de police infiltré dans une organisation criminelle, de ses communications avec les suspects visés par ses activités de surveillance. L'enregistrement participatif eut lieu à l'appartement de l'agent infiltré, où s'étaient rendus l'accusé ainsi que trois autres personnes. Quant à la question de l'attente raisonnable de vie privée, la Cour suprême a affirmé, dans cette affaire, que l'accusé possédait, au moment de prononcer les paroles litigieuses, une attente raisonnable de vie privée. Une personne qui se rend à l'appartement d'une connaissance afin d'y discuter en privé peut raisonnablement s'attendre, nous en convenons, que ses paroles ne seront entendues que des personnes auxquelles il les destine. Nous ne remettons donc pas en question cette qualification par la Cour de la nature des communications en cause.

C'est au niveau de la qualification de l'atteinte que nous ne pouvons partager l'avis de la Cour: le fait pour un agent infiltré d'écouter les paroles d'un suspect et de les rapporter ensuite à ses supérieurs et, éventuellement, au tribunal ne constitue pas, affirme la Cour suprême, une fouille, une perquisition ou une saisie au sens de l'article 8 de la Charte; le fait pour un tel agent, en plus d'écouter, d'enregistrer les paroles du suspect constitue cependant une fouille, une perquisition ou une saisie au sens de l'article 8[8].

Dans l'affaire *R. c. Thompson*, il était question de communications interceptées au sens où on l'entend à l'article 189 du *Code criminel*. Invoquant l'affaire *Duarte*, la Cour suprême a affirmé qu'il n'y avait aucun doute que l'article 8 de la Charte s'applique à l'interception de communications privées par des moyens électroniques[9]. Le fait, pour l'État, d'intercepter les communications d'un individu au moyen d'un appareil électronique constitue donc une fouille, une perquisition ou une saisie.

D'une part, quelle différence existe-t-il entre la situation où un policier écoute et répète les paroles qu'un suspect lui a dites et celle où un policier enregistre et fait rejouer ces mêmes paroles? La seule différence, en réalité, c'est que dans la situation où les paroles ont été enregistrées, celles-ci auront une valeur probante plus grande. Pourquoi alors dans une de ces situations considère-t-on qu'il y a eu fouille, perquisition ou saisie et dans l'autre pas?

D'autre part, quelle différence existe-t-il entre la situation où un policier entend <<à l'oreille nue>> ce qui se dit de l'autre côté d'une porte ou d'un mur de mauvaise qualité et celle où un policier

entend ce qui se dit grâce à un micro dissimulé dans la pièce? Pourquoi dans une de ces situations considère-t-on qu'il y a eu fouille, perquisition ou saisie et dans l'autre pas?

Avec respect pour l'opinion contraire formulée par la Cour suprême, nous pensons que le moyen -- électronique ou autre -- utilisé par l'État pour entendre les conversations privées d'un individu n'est absolument pas pertinent pour déterminer la gravité de l'intrusion. Tout ce qui devrait importer, en fait, c'est que l'État ait pu écouter une communication privée. Que cette écoute soit directe et immédiate (c'est-à-dire un agent de l'État participe à la communication ou l'écoute secrètement grâce à sa seule ouïe), indirecte et immédiate (c'est-à-dire les agents de l'État écoutent à distance mais <<en direct>> à l'aide d'un transmetteur), ou indirecte et en différé (c'est-à-dire les agents de l'État écoutent à distance, une fois la communication terminée, grâce à un enregistrement) ne modifie en rien le seul fait pertinent: l'État a écouté les communications de quelqu'un.

Du point de vue de la protection du caractère privé des communications, il n'existe aucune différence conceptuelle ou pratique entre entendre et répéter, d'une part, et enregistrer, d'autre part. Si l'une de ces intrusions est qualifiée de saisie, l'autre devrait l'être également. Inversement, si l'on conclut que l'une de ces intrusions ne constitue pas une saisie, l'autre ne devrait pas en être qualifiée. En distinguant entre les différentes formes d'écoute, la Cour suprême a créé, selon nous, une distinction artificielle. La même chose exactement peut être dite de toute distinction entre le fait d'intercepter une conversation à l'aide de moyens électroniques et le fait d'écouter une communication sans moyens électroniques, à travers une porte, par exemple.

Pour éviter ces distinctions artificielles, il n'existe que deux solutions. La première consiste à qualifier de fouille, perquisition ou saisie toute écoute par l'État d'une communication privée, quel que soit le moyen utilisé: agent infiltré, enregistrement participatif, interception, etc. Accepter cette interprétation pose cependant un problème: cela implique que l'on doive soumettre aux exigences de l'article 8 de la Charte toutes les formes d'écoute pratiquées par l'État, y compris, par exemple, l'utilisation d'agents infiltrés. La Cour suprême, bien sûr, ne pouvait accepter une telle solution. Elle voulait cependant limiter le pouvoir de l'État de surveiller la population à l'aide de moyens électroniques. Ne disposant d'aucun autre moyen que celui prévu à l'article 8 de la Charte, la Cour suprême n'a eu d'autre choix que de créer une distinction artificielle entre l'écoute électronique et les autres formes d'écoute.

La seconde solution -- celle qui aurait dû, selon nous, être retenue -- aurait été de reconnaître qu'aucune écoute d'une communication privée par l'État, quel que soit le moyen utilisé, ne constitue une fouille, une perquisition ou une saisie. Neil et Mary Finkelstein, dans leur ouvrage *Constitutional Rights in the Investigative Process*, formulent une opinion qui va dans ce sens:

One may ask why an informant's listening and remembering is not a search or seizure but electronic surveillance is. Neither involves physical entry or search; neither involves a taking; neither involves a transfer of anything; and neither involves involuntariness on the part of the speaker, apart from the fact that, in both cases, the speaker would have been quiet if he had known that his voluntary utterances would come back to haunt him. Electronic surveillance is certainly a gross invasion of privacy. But it is not a search or seizure.^[10]

Nous sommes totalement d'accord avec cette affirmation. La Cour suprême n'aurait pas dû créer de distinction entre l'écoute et l'écoute électronique. La Cour n'avait pas non plus à qualifier de fouille, perquisition ou saisie le fait, pour un agent de l'État, d'écouter les paroles de quelqu'un.

Contrairement à la protection prévue par l'article 8 de la Charte, celle prévue par l'article 7, nous le verrons plus loin, n'est pas limitée aux fouilles, perquisitions et saisies. La Cour suprême pouvait donc, en se fondant sur l'article 7 plutôt que sur l'article 8, réglementer l'écoute électronique sans étendre indûment le sens des mots <<fouille, perquisition et saisie>> et sans créer de distinction indue entre l'écoute électronique et les autres formes d'écoute.

B. L'affaire Wong

Il était question dans l'affaire *Wong* de l'enregistrement vidéo, par des policiers, des activités de jeu s'étant déroulées dans une chambre d'hôtel. Les faits, dans cette affaire, revêtent une grande importance. Comme l'explique le juge en chef Lamer, dans ses motifs minoritaires, <<l'appelant avait, au hasard, lancé des invitations aux séances de jeu qui devaient avoir lieu dans la chambre d'hôtel. Il avait distribué de nombreux avis dans des restaurants publics et des bars, invitant de la sorte le public à la chambre d'hôtel>>[11]. Les policiers, préalablement alertés de cette séance de jeu illégale, avaient installé deux caméras vidéo à l'intérieur de la chambre d'hôtel afin de pouvoir observer et enregistrer les activités s'y déroulant. La Cour, à la majorité, décida que l'enregistrement vidéo constituait une violation de l'article 8.

Afin de pouvoir faire intervenir l'article 8 de la Charte, la Cour suprême devait identifier, dans les circonstances de l'espèce, un intérêt de vie privée susceptible d'être protégé. Existait-il dans l'affaire *Wong* un quelconque intérêt de vie privée pouvant raisonnablement faire l'objet d'une quelconque attente de confidentialité? Le juge La Forest, rendant les motifs de la majorité, est d'avis qu'il ne faut <<accorder aucune importance au fait que, dans les circonstances de l'espèce, l'appelant ait pu ouvrir sa porte à des étrangers ou lancer des invitations aux séances de jeu>>[12]. Selon le juge La Forest:

La question devrait plutôt être posée en termes généraux et plus neutres de sorte que l'on se demande plutôt si dans une société comme la nôtre, les personnes qui se retirent dans une chambre d'hôtel et qui ferment la porte derrière elles peuvent raisonnablement s'attendre au respect de leur vie privée.[13]

La justification offerte par le juge La Forest quant à cette interprétation repose sur un raisonnement par l'absurde. Selon le juge La Forest, si le caractère raisonnable de la surveillance magnétoscopique non autorisée devait dépendre de la présence ou de l'absence d'étrangers dans le lieu, <<[e]n réalité, il nous serait impossible de faire valoir une attente raisonnable de protection contre la surveillance électronique clandestine de l'État à l'égard d'une réunion privée à laquelle le public est convié>>¹⁴. [Nous soulignons] Le juge La Forest donne l'exemple suivant:

On peut assurément présumer qu'une multitude de fonctions auxquelles on doit être convié ont lieu chaque jour dans des chambres d'hôtel à l'échelle du pays. Ces réunions attirent les personnes qui partagent un intérêt commun mais qui souvent sont étrangères les unes aux autres. [...] il n'entre certes pas dans l'attente raisonnable des hôtes et de leurs invités que le prix de leur présence doit être leur consentement tacite à l'enregistrement électronique permanent, par des agents de l'État et à leur seule discrétion, des activités en cours.[15]

Un certain nombre de commentaires s'imposent. Premièrement, nous sommes totalement incapables de concevoir comment une réunion à laquelle, pour reprendre les termes du juge La Forest, <<le public est convié>>, peut être qualifiée de <<privée>>. Il y a là, avec respect pour l'opinion contraire, une contradiction flagrante. Aucune personne raisonnable ne considérera qu'une réunion à laquelle le public a été invité puisse être qualifiée, de quelque façon que ce soit, de privée[16].

En second lieu, il faut démêler les concepts en cause. Ce n'est pas parce que nous sommes en présence d'inconnus que nous sommes <<en public>>. Une réunion d'affaires à laquelle les officiers de quelques corporations ont été invités n'est pas publique du simple fait que ces officiers ne se sont jamais rencontrés avant cette réunion et qu'ils ne se connaissaient pas. La distinction entre le caractère privé ou public d'un objet dépend de la restriction, ou de l'absence de restriction, à la présence du public et non du fait que les gens se connaissent ou non. Le dictionnaire Larousse définit d'ailleurs le mot <<privé>> comme suit: <<Qui est réservé à certaines personnes; qui n'est pas public: *séance privée*.réunion publique.

Avec respect pour l'opinion contraire formulée par le juge La Forest, du moment que l'appelant

Wong a lancé une invitation au public de la ville de Toronto, fut-ce seulement le public asiatique, à entrer dans sa chambre d'hôtel, il n'existait plus, relativement à cette chambre et à ce qu'on a pu y *observer*, quelque attente de vie *privée* que ce soit[17]. Il n'existait en réalité, dans les circonstances de l'affaire *Wong*, aucun intérêt de vie privée à protéger. Telle est d'ailleurs l'opinion du juge Lamer, dissident:

Je souscris à l'opinion du juge La Forest qu'une personne qui se retire dans une chambre d'hôtel et qui ferme la porte derrière elle s'attendra normalement et raisonnablement au respect de sa vie privée. La nature de l'endroit où la surveillance a lieu sera toujours un facteur important dont il faudra tenir compte pour déterminer si la personne-cible s'attend au respect de la vie privée dans les circonstances. Ce facteur n'est toutefois pas déterminant. Une personne qui se trouve dans ce qui serait normalement qualifié de lieu public (un restaurant, par exemple) peut très bien s'attendre raisonnablement au respect de la vie privée. Par exemple, elle ne s'attendrait raisonnablement pas à ce que la police surveille et enregistre subrepticement la conversation privée qu'elle tient à sa table. De la même façon, ce qui serait normalement qualifié de lieu privé (une résidence personnelle, par exemple) peut très bien, selon son utilisation, devenir un lieu où une personne ne saurait s'attendre raisonnablement au respect de la vie privée. [...] Il est impossible de conclure qu'une personne raisonnable, dans la situation de l'appelant, pourrait s'attendre au respect de la vie privée dans de telles circonstances. Une personne raisonnable saurait que lorsqu'une telle invitation est lancée au grand public, elle ne peut désormais plus s'attendre à ce qu'il n'y ait pas d'étrangers, y compris des policiers, dans la chambre.[18]

Le juge Cory, siégeant alors à la Cour d'appel, appuie cette position lorsqu'il affirme que << Wong avait accueilli un nombre si grand de personnes dans la chambre qu'il ne pouvait y avoir d'attente raisonnable en matière de respect de la vie privée pour qui que ce soit dans cette pièce [...]>>[19].

En ce qui concerne la qualification de l'intrusion, la même chose peut être dite qu'à l'égard de l'affaire *Duarte*: la distinction entre un agent infiltré qui rapporte la scène dont il a été témoin et une caméra qui enregistre cette même scène est indue. Lorsque l'on qualifie une atteinte, seul devrait importer le résultat. Ce qui importe, c'est que l'État, par l'entremise de ses agents, soit témoin d'une scène. Que le représentant de l'État assiste personnellement aux événements ou qu'il en soit témoin par l'entremise d'une retransmission ou d'un enregistrement magnétoscopique ne devrait pas être pertinent aux fins de qualifier la surveillance de fouille, de perquisition ou de saisie. Si le fait pour un agent de l'État d'assister personnellement à certains événements ne constitue pas une fouille, alors le fait d'y assister indirectement n'en constitue pas une non plus. Si, par contre, le fait d'être témoin d'événements par l'entremise d'une caméra constitue une fouille, une perquisition ou une saisie, alors le fait pour un agent de l'État d'assister personnellement à certains événements doit aussi constituer une telle fouille, perquisition ou saisie.

C. L'arrêt Wise

Pour terminer la présente partie, nous étudierons l'affaire *R. c. Wise* où les policiers avaient installé, sur la foi de simples soupçons, une balise électronique dans le véhicule automobile de l'accusé[20]. La balise, permettant de suivre à distance le véhicule, avait été dissimulée dans le caoutchouc mousse du siège arrière, endommageant légèrement celui-ci. Le ministère public concéda d'emblée, dans cette affaire, que *l'installation* de la balise avait constitué une fouille abusive en violation de l'article 8 de la Charte. La Cour étudia donc la question de savoir si la surveillance des déplacements de l'accusé constituait, elle aussi, une violation de l'article 8. Le juge en chef Lamer, les juges Gonthier, Cory et Stevenson, ainsi que le juge La Forest, bien qu'il ait été dissident quant au résultat, se sont dit d'avis que l'utilisation d'une balise électronique par les policiers pour épier les déplacements d'un véhicule automobile constituait une fouille au sens de l'article 8 de la Charte[21].

Deux questions doivent être posées face à cette décision: la filature d'un véhicule automobile constitue-t-elle une fouille, une perquisition ou une saisie et l'accusé possédait-il, dans les

circonstances de l'affaire, un intérêt de vie privée?

Alors que la filature à l'aide d'une balise électronique constitue une fouille, une perquisition ou une saisie au sens de l'article 8 de la Charte, la filature plus traditionnelle, qui consiste à suivre en conservant un contact visuel avec la cible, ne tombe pas, nous dit la Cour, sous le coup de l'article 8[22]. Avec respect pour cette opinion, nous ne pouvons la partager.

Suivre quelqu'un ou suivre un véhicule, quel que soit le moyen utilisé, constitue une filature. Le terme <<filature>>, que le *Petit Larousse* définit comme l'action de suivre un individu afin de le surveiller, ne connaît aucune distinction fondée sur le moyen utilisé pour suivre la cible. Que l'on suive à pied, à bicyclette ou en auto, que l'on surveille la cible à l'oeil nu, avec des jumelles ou à l'aide d'un signal émis par une balise, suivre quelqu'un pour le surveiller constitue une filature.

Puisqu'il n'existe aucune distinction, qu'elle soit conceptuelle ou pratique, entre le fait de suivre en surveillant visuellement et le fait de suivre en surveillant à l'aide d'un signal électronique, qualifier de fouille les activités des policiers dans l'affaire *Wise* implique que l'on doive qualifier de fouille toute filature. Ce résultat, il va sans dire, serait inacceptable. En premier lieu, qualifier de fouille une filature est contraire au sens des mots. Ensuite, qualifier de fouille toute filature imposerait aux policiers l'obligation d'obtenir une autorisation préalable à chaque fois qu'ils veulent suivre un suspect.

Pour échapper à cette conséquence, la Cour suprême a affirmé que la filature électronique constitue une fouille alors que la filature traditionnelle n'en constitue pas une. Ce faisant, elle s'est débarrassée de l'obstacle pratique. Qualifier de fouille la filature électronique crée cependant une distinction indue entre les différents types de filature et constitue, d'autre part, une extension injustifiable du sens du mot <<fouille>>. Une autre solution -- celle que nous préconisons -- aurait été de reconnaître que ni l'une ni l'autre de ces réalités ne constituent une fouille.

Voyons maintenant la question de la vie privée. Dans l'affaire *Wise*, le juge La Forest affirme, ce que la majorité de la Cour reconnaît[23], c'est-à-dire que:

[...] les policiers ont le droit, comme tous les autres gens, d'observer nos allées et venues lorsque nous sortons en public, et [...] qu'ils peuvent améliorer la qualité de leurs observations visuelles en se servant d'instruments comme des jumelles.[24]

Nous sommes d'accord avec le juge La Forest lorsqu'il affirme que nos déplacements en public sont susceptibles d'être observés par tous. Dès lors, nous comprenons qu'il n'existe pas, pour la Cour suprême, en ce qui a trait à nos déplacements en public, d'attente raisonnable de vie privée. S'il est vrai, en effet, que les policiers, comme tous les autres gens, peuvent observer nos allées et venues lorsque nous sortons en public, il ne saurait être question de qualifier de <<privés>> de tels déplacements. Comment alors le juge La Forest -- et la majorité de la Cour, puisqu'elle conclut à une violation de l'article 8 -- en arrive-t-il à conclure que <<[c]haacun s'attend raisonnablement au respect de sa vie privée, non seulement dans ses communications, mais aussi dans ses déplacements>>[25]. La réponse à cette question est que la Cour n'avait pas le choix: La Cour devait nécessairement, ayant choisi de sanctionner les activités de surveillance de l'État par le biais de l'article 8, conclure à la violation d'un intérêt de vie privée.

II. UN NOUVEAU RÉGIME DE RÉGLEMENTATION DES ACTIVITÉS

DE SURVEILLANCE DE L'ÉTAT

Ces contradictions font ressortir les limites de l'article 8 de la Charte. Cette disposition, d'une part, ne s'applique qu'aux fouilles, perquisitions ou saisies et, d'autre part, telle qu'elle a été interprétée, elle ne s'applique que lorsqu'il existe un intérêt de vie privée à protéger. Face aux limites de cet article, deux attitudes sont possibles dans le contexte de la surveillance électronique. La première consiste à étendre le sens des mots <<fouille>>, <<perquisition>> et <<saisie>> afin d'englober la surveillance électronique sous toutes ses formes et à qualifier <<

d'intérêts de vie privée>> des intérêts qui, nous l'avons démontré, n'en constituent raisonnablement pas. C'est l'attitude que la Cour suprême a adoptée.

La seconde solution consiste à reconnaître que l'article 8 de la Charte, en raison même de sa rédaction, ne peut s'appliquer à la surveillance électronique et, que la protection contre la surveillance électronique doit donc nécessairement être trouvée ailleurs. C'est la position que nous retenons.

C'est sur l'article 7 de la Charte que doit, selon nous, se fonder la protection contre les activités de surveillance électronique de l'État. Nous étudierons ce recours dans la dernière partie de cet article. Il suffit pour le moment de dire que recourir à l'article 7 aurait permis de réglementer la surveillance électronique sans avoir à qualifier de fouille, de perquisition ou de saisie des formes de surveillance qui n'en constituent pas et sans créer ainsi de distinctions artificielles entre modes de surveillance semblables. L'article 7 aurait de plus permis de réglementer les activités de surveillance électronique de l'État sans avoir à identifier des intérêts de vie privée là où il n'y en avait raisonnablement pas. Utiliser l'article 7 plutôt que l'article 8 pour réglementer la surveillance électronique aurait contribué à la rationalité du système de réglementation des activités de surveillance de l'État.

C'est sur cette base que nous proposons, pour l'article 8, un nouveau champ d'application. Ce champ d'application que nous proposons part du principe que l'article 8, en tant que mécanisme visant à réglementer certaines activités intrusives de l'État, s'insère dans un système plus vaste de réglementation de *toutes* les activités de surveillance de l'État. Considérer cet article dans la perspective plus grande que nous proposons rend inutile toute extension des termes <<fouille>>, <<perquisition>> et <<saisie>> au-delà de leur sens usuel. L'étude de l'article 8 dans cette perspective permet d'autre part une redéfinition des intérêts de vie privée qui y sont protégés.

A. Réglementation des atteintes matérielles: l'article 8 de la Charte

1. Les fouilles, perquisitions et saisies dans le régime proposé

L'article 8 de la Charte prévoit que chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies. Il convient de préciser la nature de chacune de ces trois formes d'intrusion. Les tribunaux, de façon générale, n'ont pas défini ce qui constitue une fouille, une perquisition ou une saisie, se contentant de procéder par la technique du cas par cas, selon les besoins d'une cause. Nous proposons, dans la présente partie, des définitions qui tiennent compte des commentaires que nous avons formulés précédemment.

Fouiller, perquisitionner et saisir sont trois réalités très précises qu'il convient de ne pas confondre. La Charte reconnaît la distinction entre ces trois réalités puisqu'elle garantit la protection contre les fouilles, les perquisitions *ou* les saisies abusives. Dans l'affaire *R. c. Dymont*, le juge La Forest a d'ailleurs approuvé l'affirmation du juge Errico dans l'affaire *Milton c. La Reine*^[26] selon laquelle <<[c]es mots sont utilisés de façon disjunctive>>^[27].

Le terme <<fouiller>> réfère soit à une réalité matérielle soit à une réalité immatérielle. Dans son sens immatériel, fouiller s'entend de chercher ou de tenter de repérer une information qui n'a aucune existence matérielle. Nous faisons référence ici aux informations qui sont conservées dans l'esprit humain. Ainsi, on dit d'une personne qu'elle fouille sa mémoire à la recherche du nom d'une personne. Dans cette acception, le mot <<fouille>> connote le lavage de cerveau, une violence faite au libre choix de révéler ou de ne pas révéler ce que l'on conserve en mémoire. Administrer un sérum de vérité ou hypnotiser quelqu'un afin de le forcer à révéler une information, par exemple, peut être assimilé à une fouille: il s'agit, en effet, de fouiller l'esprit de la personne sous son contrôle afin d'obtenir une information. Mais c'est grâce à l'article 7 et non à l'article 8 de la Charte qu'il conviendrait que soit sanctionnée une telle fouille. Obtenir une déclaration est en effet le seul moyen d'avoir accès à la mémoire d'un individu, que cette déclaration revête une forme orale, écrite ou gestuelle. Forcer quelqu'un à révéler une information conservée dans sa mémoire constitue par conséquent une violation de la règle des

confessions en common law et du droit de garder le silence prévu à l'article 7 de la Charte[28]. Notre droit a toujours reconnu la distinction entre l'obtention d'une déclaration, fouille de l'esprit, et la fouille matérielle. L'interprétation du mot «<<fouille>> au sens de l'article 8 de la Charte devrait reconnaître cette distinction. Par conséquent, le mot «<<fouille>> qui se retrouve à l'article 8 de la Charte ne devrait s'appliquer qu'à une fouille matérielle.

Fouiller implique une action: il s'agit d'une recherche active, ce qui exclut tout comportement passif comme le fait d'écouter des paroles. Fouiller, en second lieu, pour les raisons que nous venons d'énoncer, implique une recherche dans un lieu physique, afin de découvrir un objet qui a une existence matérielle. Fouiller consiste à déplacer des objets ou se déplacer autour d'objets afin de repérer quelque chose. On peut ainsi fouiller une armoire ou une maison à la recherche d'un document. À l'ère de l'informatique, peut aussi être assimilé à une fouille physique le fait de fouiller un ordinateur afin d'y repérer une information. Le fichier d'ordinateur, après tout, n'est rien d'autre que la version moderne de l'armoire-classeur. Fouiller, en troisième lieu, implique que la localisation de ce que l'on cherche nous échappe. En effet, il n'est pas question de fouiller lorsque l'on sait exactement où se trouve ce que l'on cherche. De plus, nous pensons que le mot «<<fouille>> devrait être interprété à la lumière du mot «<<saisie>> tel que nous allons le définir plus bas. Ainsi, la recherche de quelque chose qui ne pourrait être saisi ne constituera pas une fouille. Précisons toutefois que fouiller n'implique pas nécessairement que l'on veuille s'emparer de quelque chose: on peut fouiller pour repérer.

La perquisition est une forme de fouille particulière, caractérisée par l'intrusion forcée dans un lieu. Ce lieu est habituellement une maison, un bureau, une automobile. Il s'agit, comme pour la fouille, d'une recherche en un lieu donné. Ainsi, le fait de fouiller une maison privée malgré l'opposition (déclarée ou présumée) du propriétaire implique une perquisition, alors que la même recherche, si elle était faite de consentement avec le propriétaire, constituerait une simple fouille.

La surveillance électronique *en soi* ne constitue pas une fouille ou une perquisition. L'exemple suivant illustre cette idée: alors que les propriétaires se sont absentés, des policiers pénètrent dans une maison privée afin d'y installer des dispositifs permettant l'interception de communications privées. Dans ce cas comme dans tous les cas, il y a lieu de distinguer entre l'installation de l'instrument de surveillance et la surveillance électronique proprement dite. L'installation de la substance ou de l'appareil, qui nécessite une intrusion physique, ne doit pas être confondue avec la *surveillance* électronique subséquente. C'est l'installation des moyens de surveillance qui implique une intrusion physique et qui constitue une perquisition et non la surveillance elle-même.

L'action de saisir, finalement, réfère dans le contexte de l'article 8 de la Charte à l'appropriation physique d'un bien contre la volonté de son propriétaire ou de son détenteur: on saisit un document; on saisit une disquette d'ordinateur[29]. Saisir implique cependant, en plus de cette appropriation, que l'on prive son propriétaire ou son détenteur de l'usage du bien saisi[30]. Pour ces deux raisons, l'action de saisir ne peut s'appliquer entre autres à des idées ou à des paroles. Idées et paroles, en effet, n'ont aucune existence matérielle, ne constituent pas des biens physiques; on ne saurait par conséquent s'en emparer physiquement. De plus, le fait d'écouter les paroles de quelqu'un ou de prendre connaissance de ses idées ne lui en retire pas l'usage.

Le trait commun qui unit les termes «<<fouille>>, «<<perquisition>> et «<<saisie>> au sens de l'article 8 de la Charte est que tous trois font référence à des comportements actifs dans des lieux et à l'endroit d'objets possédant une certaine matérialité. Toute autre interprétation de ces termes est susceptible de donner lieu à des contradictions qui heurtent la raison. Nous en avons pour preuve les contradictions que nous avons soulignées dans la première partie de cet article, qui découlent toutes de l'application par la Cour suprême des termes «<<fouille>>, «<<perquisition>> et «<<saisie>> à des paroles, à des gestes ou à des déplacements.

2. Domaine d'application de l'article 8 dans le régime proposé

a) *Domaine d'application a priori*

La Cour suprême du Canada a affirmé dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.* que l'objet de l'article 8 de la Charte était de «protéger les particuliers contre les intrusions injustifiées de l'État dans leur vie privée»[31]. Précisant cette notion, le juge La Forest a affirmé, dans *R. c. Dymont*, que la protection accordée par l'article 8 de la Charte s'étendait à tous les aspects de la vie privée, «savoir les aspects spatiaux, physiques et informationnels»[32].

La faiblesse de cette définition réside dans le fait que certains domaines de la vie privée qui y sont inclus ne sont pas susceptibles de faire l'objet d'une fouille, d'une perquisition ou d'une saisie. Le domaine d'application de l'article 8 ne devrait pas être dissocié des atteintes visées par cet article. Or l'article 8, nous l'avons vu, ne s'applique qu'en cas de fouille, de perquisition ou de saisie. Pour cette raison, le domaine d'application *a priori* de l'article 8 ne devrait être constitué que des lieux physiques et objets matériels susceptibles de faire l'objet d'une fouille, d'une perquisition ou d'une saisie au sens où nous avons défini ces atteintes.

b) *Restriction du domaine a priori: le critère de l'attente*

raisonnable

Ceci étant dit, il faut préciser que tous les objets et tous les lieux susceptibles de faire l'objet d'une fouille, d'une perquisition ou d'une saisie ne tombent pas automatiquement sous la protection de l'article 8. La Cour suprême avait raison selon nous d'affirmer que «[l]a garantie de protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies *abusives*, ne vise qu'une attente *raisonnable*»³³.

La raisonnable de l'attente vient préciser le domaine de l'article 8. L'effet du critère de la raisonnable de l'attente a pour effet, dans la plupart des cas, de restreindre le domaine *a priori* de la vie privée dans un cas donné. Ainsi, un objet qui est inclus *a priori* dans le domaine de l'article 8 pourra s'en trouver exclu dans certains cas du fait qu'il n'existe, dans les circonstances, aucune attente raisonnable que cet objet ne fera l'objet d'aucune fouille, perquisition ou saisie.

Le test de la raisonnable de l'attente -- celui que la Cour suprême a retenu et celui que nous adoptons -- consiste à se demander s'il existe, à l'égard d'un élément inclus *a priori* dans le domaine de l'article 8, une attente raisonnable que l'État ne violera pas, dans les circonstances, cet élément. C'est ce que l'on pourrait qualifier, pour les fins de l'article 8 de la Charte, d'attente raisonnable de vie privée.

En l'absence d'une telle attente raisonnable, la personne physique, le lieu ou l'objet visé par la fouille, la perquisition ou la saisie est retiré du domaine d'application de l'article 8 de la Charte. Ainsi, on a décidé -- à raison selon nous -- qu'il n'existe pas, au moment de pénétrer dans le pays, d'attente raisonnable que l'on ne sera soumis à aucune fouille[34]. La valise d'un voyageur constitue, assurément, un objet privé au sens de l'article 8 de la Charte. L'absence d'attente raisonnable que l'État ne fouillera pas cet objet privé fait cependant en sorte que la fouille de la valise ne sera pas, dans ces circonstances, visée par l'article 8 de la Charte.

En résumé, nous pensons que la protection de l'article 8 de la Charte devrait s'étendre aux lieux physiques et aux objets matériels susceptibles de faire l'objet d'une fouille, d'une perquisition ou d'une saisie au sens où nous avons défini ces atteintes et à l'égard desquels une personne peut raisonnablement s'attendre à ce que l'État, dans les circonstances, ne procédera pas à une telle fouille, perquisition ou saisie.

B. Réglementation générale des activités de surveillance de l'État:

l'article 7 de la Charte

Si l'on considère que l'article 8 est le seul article de la Charte susceptible d'offrir une protection contre les activités de surveillance de l'État, la seule solution consiste à qualifier toute forme de surveillance jugée intolérable ou dangereuse de fouille, perquisition ou saisie et à qualifier

d'intérêt de vie privé tout objet d'une telle activité de surveillance. C'est ce qu'a fait la Cour suprême, en qualifiant de fouille, de perquisition ou de saisie, outre les fouilles, perquisitions et saisies au sens propre, une foule d'intrusions aussi différentes que l'enregistrement participatif de communications[35], la surveillance magnétoscopique[36], la filature à l'aide d'une balise électronique[37], et l'interception de communications privées[38] et en affirmant l'existence d'attentes raisonnables de vie privée dans des circonstances où il n'en existait raisonnablement aucune[39].

L'explication de ces décisions, selon nous, est que la Cour suprême, dans son interprétation de l'article 8 de la Charte, a été influencée par la jurisprudence américaine sur le Quatrième Amendement. Ce Quatrième Amendement est la seule disposition de la Constitution américaine susceptible de s'appliquer en matière de surveillance électronique. Ce n'est cependant pas le cas de la *Charte canadienne des droits et libertés* qui contient, en plus d'une garantie contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives, une garantie dont l'objet est de protéger notre liberté.

Selon nous l'article 8 de la Charte, tel qu'il est rédigé, ne devrait offrir aucune protection contre la surveillance électronique de l'État. Les tribunaux disposent cependant d'un autre moyen pour réglementer cette pratique qui, s'il avait été employé, aurait évité les contradictions que nous avons relevées dans la première partie de cet article. Cet autre moyen de sanctionner l'espionnage électronique est fondé sur l'article 7 de la Charte, dont l'objectif est de protéger notre liberté. Cette approche est préconisée par Neil et Mary Finkelstein dans leur ouvrage *Constitutional Rights in the Investigative Process*:

We are concerned that The Supreme Court of Canada has elected to stretch the language of s. 8 when it could more logically have found the privacy interest in s. 7 to effect the same result.[40]

À notre avis, l'article 8 de la Charte devrait être analysé dans la perspective d'une réglementation générale des activités de surveillance de l'État. C'est ce système général de contrôle des activités de surveillance de l'État que nous allons maintenant décrire.

Nous entendons démontrer dans la présente partie que l'article 7 de la Charte est le véhicule le plus approprié pour contrôler les activités de surveillance de l'État et ce, quelle que soit la forme qu'elles revêtent. Nous entendons démontrer, de plus, qu'il est préférable d'utiliser l'article 7 plutôt que l'article 8 de la Charte pour réglementer la surveillance électronique puisque ceci peut se faire sans engendrer les contradictions que nous avons relevées précédemment et qui sont inévitables si l'on se sert de l'article 8.

1. Notes sur la surveillance

<<Surveillance>>, explique Alan F. Westin dans son ouvrage *Privacy and Freedom* <<is obviously a fundamental means of social control>>⁴¹. À mesure que dans une société la surveillance des individus par l'État augmente, la liberté tend à disparaître. C'est pourquoi, nous explique cet auteur, l'homme, dans sa quête de liberté, a de tous les temps cherché à limiter les activités de surveillance des autorités:

[...] *one of the central elements of the history of liberty in Western societies since the days of the Greek city-state has been the struggle to install limits on the power of economic, political, and religious authorities to place individuals and private groups under surveillance against their will.* [42]

De même que, de tous les temps, les sociétés humaines ont affirmé leur liberté en limitant les pouvoirs de surveillance de l'État, l'objectif principal de tout nouveau régime totalitaire lors de la phase de consolidation de son pouvoir est de mettre en place différents mécanismes de surveillance de la population:

Autonomous units are denied privacy, traditional confidential relationships are destroyed,

surveillance systems and informers are widely installed, and thorough dossiers are compiled on million of citizens.[43]

Les pères de la Constitution américaine avaient compris le danger que représente la destruction de la vie privée pour une société démocratique:

The whole network of American constitutional rights -- especially those of free speech, press, assembly, and religion; forbidding the quartering of troops in private homes; securing << persons, houses, papers and effects >> from unreasonable search and seizure; and assuring the privilege against self-incrimination -- was established to curtail the ancient surveillance claims of governmental authorities.[44]

Ce que l'on ne savait peut-être pas à l'époque -- et qui semble être généralement ignoré de nos jours encore -- c'est que la surveillance, *en soi*, ne constitue pas un danger pour la liberté. La surveillance par l'État est cependant susceptible d'entraîner de graves dangers. Le premier danger de la surveillance est son effet psychologique sur les individus. Le second danger résulte de l'utilisation que l'État est susceptible de faire des informations amassées.

a) *Effet psychologique de la surveillance*

La surveillance, lorsqu'elle est faite totalement à l'insu de quelqu'un, n'a aucun impact psychologique sur cet individu et n'entraîne aucun changement dans son comportement. Ce n'est que lorsqu'elle sait qu'elle est surveillée qu'une personne subit les effets de cette surveillance:

Writings by leading social scientists have made it clear that observation by listening or watching which is known to the subject necessarily exercises a restrictive influence over him. In fact, in most situations this is exactly why the observational surveillance is set up -- to enforce the rules. When a person knows his conduct is visible, he must either bring his actions within accepted social norms in the particular situation involved or decide to violate those norms and accept the risks of reprisal.[45]

D'autre part, il n'est pas nécessaire, pour obtenir un effet psychologique, que la surveillance ait réellement lieu. Il suffit qu'une personne *croie* (à tort ou à raison) qu'elle est surveillée pour que l'effet de la surveillance se manifeste. En d'autres mots, ce qui est déterminant, au-delà de la réalité de la surveillance ou de l'efficacité réelle d'un moyen de surveillance donné, c'est la perception qu'ont les individus du *risque* qu'ils encourent que leurs actions, paroles, idées et croyances soient captées:

If a factory is wired completely with listening and watching devices, workers know that every station cannot be monitored all the time. Yet no individual has any way of knowing when he is under observation and when not.[46]

Le premier véritable danger pour la liberté ne réside donc pas dans la surveillance elle-même mais dans la *Crainte* d'être surveillé. La peur, en effet, est le pire ennemi de la liberté. <<*A hallmark of totalitarian societies*>> a déclaré la American Civil Liberties Union <<*is that the people are apprehensive of being overheard or spied upon*>>⁴⁷.

b) *La menace de répression*

Le second risque associé à la surveillance de l'État réside dans l'utilisation susceptible d'être faite des informations recueillies. L'histoire des régimes totalitaires enseigne qu'il s'agira généralement d'appuyer les politiques de répression. Les informations recueillies peuvent être utilisées pour obtenir des condamnations politiques, pour orchestrer des <<disparitions>>, pour faire du chantage. En bref, les informations recueillies sont généralement utilisées pour maintenir la population sous le joug de l'État, pour lui nier sa liberté.

Ce second risque lié à la surveillance étatique est indissociable du premier. La crainte d'être

l'objet de la surveillance de l'État est souvent liée, en effet, à la crainte de faire l'objet de mesures de représailles. Inversement, la répression étatique est perçue comme la preuve des activités de surveillance de l'État, sans lesquelles toute forme de répression serait impossible. Ainsi, la condamnation d'un seul individu pour des motifs politiques est un signal envoyé à toute la population que l'État veille, qu'il surveille.

2. Fondement de l'application de l'article 7

Dans notre société, la liberté dont nous jouissons provient en grande partie de la conviction que nous avons (qu'elle soit ou non fondée) que l'État ne s'intéressera pas à nous à moins d'avoir des motifs suffisants de croire que nous avons enfreint la loi. Cette conviction est renforcée par l'observation directe que nous faisons de la société dans laquelle nous vivons: l'absence de condamnations politiques, l'absence de <<disparitions>> et le fait que ceux qui s'opposent aux hommes politiques en place se portent bien sont autant de motifs de croire que nous ne faisons pas, en réalité, l'objet de la surveillance de l'État. On conçoit mal en effet (à tort peut-être) que l'État s'adonnerait à la surveillance de la population sans avoir en vue des objectifs de ce genre. En fait, ce n'est que lorsque des criminels de droit commun sont poursuivis en justice que nous avons connaissance des activités de surveillance de l'État, ce qui renforce notre conviction que l'État ne s'intéresse qu'à ceux qui enfreignent la loi.

Une personne n'est pas libre si elle ne se croit pas libre. Comme l'a dit Montesquieu: <<La liberté politique dans un citoyen est cette tranquillité d'esprit qui provient de l'opinion que chacun a de sa propre sûreté>>[48]. La liberté réelle dont jouit un individu ou un groupe est donc indissociable de la perception que se fait cet individu ou ce groupe de sa propre liberté. Or la surveillance, réelle ou appréhendée, affecte le sentiment de liberté et par conséquent la liberté réelle.

Un individu ou un groupe n'est donc réellement libre que s'il a la conviction que l'autorité ne le surveille pas. C'est cette conviction qui fait en sorte que nous ne vivons pas dans la peur d'être épiés. Ce qui détruirait notre sentiment de liberté, indifféremment des moyens utilisés par l'État, ce serait d'apprendre que l'État se permet de surveiller la population en général et non pas seulement les gens à l'égard desquels il possède des motifs suffisants de croire qu'ils ont enfreint la loi.

Une des distinctions les plus fondamentales entre un État libre et démocratique et un État totalitaire réside donc dans la conviction que possèdent les sujets de l'État démocratique que l'État, à moins d'avoir des motifs suffisants pour ce faire, ne s'intéresse pas de trop près à eux. À cette conviction correspond une attente raisonnable que l'État ne s'intéresse pas aux gens ordinaires et respectueux de la loi. Puisqu'une société n'est libre que si elle se croit libre et qu'on ne peut se croire libre lorsqu'on craint d'être surveillé, l'article 7 de la Charte, qui protège la liberté de chacun, doit nous protéger contre la crainte d'être surveillé.

C'est à la lumière de ces éléments qu'il faut, nous semble-t-il, aborder toute analyse de l'article 7 de la Charte. Cet article, comme le Quatrième Amendement de la Constitution américaine, fait partie d'un ensemble de garanties dont le but ultime est de protéger la liberté. Pour cette raison, il nous apparaît indispensable que l'article 7 de la Charte reçoive une interprétation qui reconnaisse, dans la réglementation de la surveillance, le bénéfice ultime du maintien de la liberté, tant réelle que perçue. En conséquence, toute activité de surveillance menée par l'État qui est susceptible de miner le sentiment de liberté dont nous sommes en droit de jouir (c'est-à-dire les activités de surveillance non justifiées) devrait être sanctionnée par l'article 7.

3. La protection conférée par l'article 7

La surveillance d'un individu, cela s'entend, vise dans certains cas ses paroles et actions privées. Mais la surveillance d'une personne, il ne faudrait pas le perdre de vue, peut également viser des gestes posés ou des paroles prononcées en public et qui ne peuvent, par conséquent, être qualifiés de privés. D'autre part, la fouille, la perquisition et la saisie ne sont pas les seuls moyens de surveillance dont dispose l'État.

L'article 7 offre une protection contre les actions de l'État qui, sans constituer une atteinte à la vie privée, seraient de nature à faire naître la crainte que l'État surveille la population sans motifs suffisants. L'article 7, dont les termes sont moins restrictifs que ceux de l'article 8, offre d'autre part une protection contre les activités de l'État qui, sans constituer une fouille, une perquisition ou une saisie, sont susceptibles de faire naître dans la population une telle appréhension de surveillance.

a) *Non-pertinence du mode de surveillance employé*

L'article 7 de la Charte doit sanctionner tous les comportements de l'État susceptibles de faire naître dans la population l'appréhension de faire l'objet sans raison valable de la surveillance étatique. Les modes de surveillance susceptibles de miner notre sentiment de liberté peuvent prendre des formes très diverses. Il peut s'agir de la surveillance par des moyens électroniques. Il s'agit là, à n'en pas douter, d'une menace très grave. Ce n'est cependant pas la seule forme de surveillance dont dispose l'État.

La surveillance d'un individu peut prendre la forme d'une filature, ou d'une simple observation visuelle. Elle peut également prendre la forme de l'ouverture du courrier ou de la collecte d'informations personnelles comme le nom des personnes et des lieux fréquentés, les lectures, les goûts musicaux, etc. Mais la plus insidieuse de toutes les formes d'intrusion dans la vie privée est la surveillance d'un individu par ses parents et amis, forcés par des menaces ou amenés par des promesses à trahir leurs proches. Cette surveillance peut aussi s'effectuer par le biais d'agents d'infiltration ayant réussi à gagner la confiance et parfois même l'amitié de ceux qu'ils ont mission d'épier. Les abus du McCarthisme aux États-Unis illustrent de façon alarmante les risques encourus par une société lorsque l'État se résout à utiliser de tels moyens de surveillance.

Montesquieu dit de la liberté que pour l'avoir, <<il faut que le gouvernement soit tel qu'un citoyen ne puisse craindre un autre citoyen>>^[49]. Lorsqu'arrive le point où les individus, de peur d'être trahis, ne font plus confiance à qui que ce soit, y compris à leurs parents et amis, il ne reste plus aucune liberté à protéger. C'est ce qu'ont brillamment illustré Aldous Huxley dans *Brave New World* et George Orwell dans *1984*. C'est pourquoi la Charte doit nous protéger de l'utilisation d'informateurs et d'agents infiltrés.

La différence entre l'espionnage électronique et les autres formes de surveillance réside dans son efficacité. Comme le dit Alan Westin:

*A major aspect of privacy for individuals (though sometimes lost by celebrities) is the ability to move about anonymously from time to time. Because a major aspect of physical surveillance depends on knowing where the <<subject>> is at all times, and especially where he goes when he wants to be alone, physical shadowing has been a technique of surveillance since antiquity. What the new technology adds is ways to <<tag>> persons so that they can be followed more efficiently and with less risk of discovery.*⁵⁰

Cette affirmation, en faisant les adaptations nécessaires, s'applique à toutes les formes de surveillance électronique. S'il est installé à l'insu de la cible, le dispositif électronique est souvent sans parade: Un enregistrement audio entend tout, ne se fatigue jamais et n'oublie rien; une balise électronique, contrairement à un poursuivant, ne peut pas être <<semée>>. En plus d'être sans parade, le dispositif électronique est très facile à utiliser, peut être installé à peu près partout, prend peu de place et est relativement peu dispendieux. C'est son efficacité générale par rapport aux autres moyens de surveillance qui explique selon nous le statut spécial que la Cour suprême a accordé à la surveillance électronique par rapport aux autres moyens de surveillance.

Si le but de l'article 7 de la Charte est, comme nous le pensons, de protéger les individus et la société en général contre la crainte d'être sans raison valable la cible de la surveillance de l'État, l'efficacité générale d'un moyen de surveillance ne devrait toutefois pas être déterminante dans l'évaluation d'une intrusion. Le test que nous proposons pour l'article 7 exclut les distinctions fondées sur l'efficacité du mode d'intrusion employé dans un cas particulier. Ceci est dû au fait

que le moyen d'intrusion, pas plus que son efficacité, ne sont déterminants quant à l'impact psychologique de la surveillance sur une personne, un groupe de personnes ou la société. La seule chose qui importe vraiment, c'est la conviction que nous entretenons que l'État ne surveille pas sans raisons suffisantes les gens ordinaires qui n'ont rien à se reprocher. Toute surveillance injustifiée, par l'État, d'une personne ou d'un groupe de personnes, quel que soit le moyen employé, dans la mesure où elle est susceptible d'ébranler notre conviction que l'État ne s'intéresse qu'à ceux à l'égard desquels il existe des motifs suffisants de croire qu'ils ont enfreint la loi, est susceptible d'affecter notre liberté, perçue et réelle. Pour cette raison, toute telle surveillance doit être qualifiée d'abusives au regard de l'article 7 de la Charte et ce, *indifféremment du mode de surveillance employé*.

b) *Non-nécessité d'une atteinte à la vie privée*

i) La vie privée telle qu'on l'entend à l'article 7

Toute surveillance par l'État de notre vie privée est une menace qui pèse sur notre liberté. Pour cette raison, il est clair selon nous que l'article 7 de la Charte offre à chacun la protection de sa vie privée contre les activités de surveillance de l'État. Mais qu'entend-on par vie privée dans le contexte de l'article 7 de la Charte?

<<Privacy>>, écrit Alan F. Westin, <<*is the claim of individuals, groups, or institutions to determine for themselves when, how and to what extent information about them is communicated to others*>>⁵¹. Cette définition de ce qui constitue un intérêt de vie privée est extrêmement intéressante. Nous pensons que les intérêts de vie privée légitimes ne sont cependant pas limités à la circulation d'informations. La définition proposée par Alan F. Westin serait plus complète selon nous si elle tenait compte, en plus de l'intérêt de vie privée relatif aux informations, des intérêts de vie privée relatifs aux objets, aux actions et aux paroles.

Dans le contexte de la surveillance, un objet est privé si l'on ne veut pas que le public sache qu'il existe, qu'on le détient ou qu'on le possède, ou si l'on ne veut pas qu'il le voie; une action est privée si l'on ne veut pas que le public sache qu'on l'a posée ou si l'on ne veut pas que le public nous voie la poser; une parole est privée si l'on ne veut pas que le public sache qu'on l'a prononcée ou si l'on ne veut pas que le public nous entende la prononcer; une information, finalement, est privée si l'on ne veut pas que le public sache qu'on la possède ou si l'on ne veut pas que le public entre en sa possession.

L'ensemble de ces intérêts -- objets, actions, paroles et informations -- à l'égard desquels une personne, un groupe ou une organisation revendique un statut privé constitue ce que nous nommerons <<le domaine *a priori* de la vie privée>>. Dans cette description, nous adjoignons à l'expression <<domaine de la vie privée>> le qualificatif <<*a priori*>> pour tenir compte du fait que ce domaine est susceptible, comme nous le verrons maintenant, d'être restreint.

Un intérêt quelconque -- objet, action, parole, idée ou information -- est retiré du domaine *a priori* de la vie privée et entre dans le domaine public dès lors que le nombre et/ou la qualité des personnes à qui cet intérêt est divulgué fait en sorte que le caractère privé de cet intérêt ne peut plus raisonnablement être contrôlé par son titulaire.

Il est important, lorsque l'on évalue la qualité du contrôle exercé par le titulaire d'un intérêt sur sa divulgation, de tenir compte à la fois du nombre et de la qualité des personnes qui ont accès à cet intérêt. L'accès à un intérêt par un grand nombre de personnes ne fait pas nécessairement entrer cet intérêt dans le domaine public s'il s'agit de personnes choisies: choisir ceux à qui l'on permet l'accès à l'intérêt est une affirmation du contrôle que l'on entend maintenir sur lui. Inversement, un intérêt cesse d'être privé, même si seul un petit nombre de personnes y ont accès, si la qualité de ces personnes fait en sorte que le titulaire de l'intérêt ne peut raisonnablement s'attendre à en conserver le contrôle. Ce serait le cas d'une personne qui ouvre sa maison au public, alors même qu'un seul inconnu se prévaudrait de cette invitation.

Un intérêt quitte également le domaine du privé lorsque les circonstances font en sorte que le titulaire de cet intérêt ne peut raisonnablement s'attendre à en maintenir le caractère privé. Ainsi, on a décidé, dans l'affaire *R. c. Simmons*[52], qu'il n'existe pas, au moment de rentrer au pays, d'attente raisonnable que l'on ne sera soumis à aucune fouille. La valise d'un voyageur constitue, assurément, un objet privé qui entre dans le domaine *a priori* de la vie privée. L'absence d'attente raisonnable que l'État ne fouillera pas cet objet privé fait cependant en sorte de la retirer de ce domaine. Le raisonnement de cette affaire s'applique, *mutatis mutandis*, à l'article 7 de la Charte.

ii) Non-nécessité d'une atteinte à la vie privée

De tous les objets susceptibles de faire l'objet de la surveillance étatique, les objets qu'on peut qualifier de privés sont ceux dont la violation entraîne l'impact psychologique le plus dommageable. Pour les fins de l'article 7 de la Charte, cependant, il n'est pas nécessaire que l'objet de la surveillance de l'État puisse être qualifié de privé puisque la surveillance étatique, lorsqu'elle est injustifiée, est susceptible de miner notre sentiment de liberté et ce, qu'elle vise ou non un objet privé.

La curiosité, explique Alan Westin, fait partie de la nature humaine.

As one commentator has put it, <<there is a hermit spirit in each of us>>, but there is also <<a snooper, a census taker, a gossip-monger and a brother's keeper>>. This is why casual eavesdropping is such a regular part of most people's daily life, and why they derive such normal satisfaction from it. <<Show me a man who doesn't eavesdrop>>, one writer on curiosity has written, <<and I'll show you a man with a serious hearing problem.>>[53]

Pour cette raison, nous assumons à l'égard des paroles que nous prononçons et des actions que nous posons en public le risque que quelqu'un, par curiosité, s'y intéresse. La curiosité des gens peut bien constituer une indécatesse, elle n'en constitue pas moins une caractéristique incontournable de la vie en société, que nous acceptons. Mais nous sommes en droit d'exiger de l'État qu'il soit plus vertueux qu'une personne ordinaire. Car un individu, dans ses rapports avec l'État, est en droit, dans une société libre et démocratique, de demeurer incognito. Notre seuil de tolérance est plus faible vis-à-vis de l'État que des gens ordinaires.

Nous ne prétendons pas qu'il devrait être interdit à l'État d'effectuer quelque surveillance que ce soit. La population s'attend à ce que les policiers et autres agents de l'État exercent leur surveillance. Plus encore, la population *désire* la présence policière. La présence de policiers qui surveillent est perçue par une grande partie de la population comme une protection essentielle. On s'attend, par exemple, à ce qu'un policier en faction observe ce qui se passe autour de lui et soit prêt à intervenir, au besoin, pour protéger la population. Ce que l'on n'admettrait pas cependant, c'est que l'attention d'un agent de l'État, sans raison, se porte sur nous de façon spéciale et insistante. Ce qui est intolérable, en fait, c'est le sentiment d'être l'objet d'une surveillance spéciale. En d'autres mots, la surveillance de l'État devient oppressive lorsque de générale et impersonnelle elle devient individualisée et focalisée.

Pour être oppressive, la surveillance individualisée et focalisée de l'État n'a pas à viser un objet privé. Une personne raisonnable trouverait très inquiétant le fait que l'État conserve dans ses archives un registre des paroles qu'elle prononce, même en public. De la même façon, une personne raisonnable serait très inquiète de savoir que l'État maintient une liste des gens qu'elle fréquente et ce, même si le nom des personnes qu'elle fréquente est connu d'un assez grand nombre.

Nous sommes en droit de nous attendre, dans notre société libre et démocratique, à ce que l'État, contrairement à nos voisins, se désintéresse totalement de nos allées et venues, des gens que nous rencontrons, etc. La surveillance par l'État, dès qu'elle acquiert les caractéristiques d'individualisation et de focalisation doit, même si elle ne vise aucun objet pouvant être qualifié de <<privé>>, pouvoir être justifiée aux yeux de la population. En d'autres mots, si la population est mise au courant de l'attention particulière portée à un individu par l'État, celui-ci doit pouvoir

justifier cette activité de surveillance.

La surveillance focalisée de l'État, si elle n'est pas justifiée, est susceptible de miner notre sentiment de liberté même si elle ne vise pas un objet pouvant être qualifié de privé. Toute surveillance injustifiée par l'État d'une personne ou d'un groupe de personnes, dans la mesure où elle est susceptible d'ébranler notre conviction que l'État ne s'intéresse qu'à ceux à l'égard desquels il existe des motifs suffisants de croire qu'ils ont enfreint la loi, est susceptible d'affecter notre liberté, perçue et réelle. Pour cette raison, toute telle surveillance doit être qualifiée d'abusives au regard de l'article 7 de la Charte et ce, *indifféremment du fait qu'elle ne porte atteinte à aucune attente raisonnable de vie privée*.

Conférer à l'article 7 de la Charte la portée que nous proposons rendrait possible la protection de personnes qui, en raison des critères adoptés par les tribunaux pour définir la notion de vie privée, ne peuvent se prévaloir de la protection conférée à la majorité d'entre nous par l'article 8 de la Charte. Nous faisons ici référence aux inquiétudes formulées par le professeur Amsterdam^[54]. Marc Rosenberg résume ainsi le problème:

Professor Amsterdam gives a striking example. He notes that judges and lawyers tend to view privacy as an upper and middle class value and thus, for them, what is intolerable is the intrusion by electronic means into the home or office. But if a person lives in a cheap rooming house, where the thin walls permit any neighbour to hear what anyone else is saying and doing merely by being in the next room or in the hallway, what then of reasonable expectations of privacy? For such a person, <<the difference between observation by neighbours and visitors who ordinarily use the common hallways and observation by policemen who come into the hallways to 'check up' or 'look around' is the difference between all the privacy that is condition allows and none>>.^[55]

Si l'on reconnaissait à l'article 7 de la Charte la portée que nous proposons, il serait interdit à l'État de s'intéresser à la communication <<publique>> (lire: *non privée au sens juridique*) décrite dans le passage ci-dessus à moins de pouvoir faire valoir des motifs suffisants. Contrairement à une personne ordinaire qui ne peut pas s'empêcher d'écouter aux portes, l'agent de l'État, lorsqu'il entend des communications qui ne lui sont visiblement pas destinées et lorsqu'il voit quelque chose qui ne le concerne pas devrait, à moins d'entretenir des soupçons raisonnables, s'en désintéresser totalement et détourner son attention.

Quant à nos déplacements en public, s'il est vrai, comme l'a en fait affirmé le juge La Forest, que nous ne possédons à leur égard aucune attente raisonnable de vie privée^[56], nous nous attendons néanmoins à ce que l'État ne les épie pas sans raison. Ils sont couverts par notre attente raisonnable que l'État ne s'intéresse pas sans motifs suffisants à nos déplacements. Ils sont, par conséquent, protégés par l'article 7 de la Charte.

En résumé, dès que l'État focalise son attention sur un individu, il doit posséder des motifs suffisants pour le faire et ce, quel que soit le moyen de surveillance utilisé et que l'intérêt surveillé puisse être ou non qualifié d'intérêt de vie privée. Toute violation de cette exigence peut être sanctionnée par l'article 7 de la Charte.

c) Mécanisme d'application

Nous pensons que la protection de l'article 7 de la Charte devrait être telle que toute surveillance particularisée par les agents de l'État, quel que soit le moyen employé et la nature de l'intrusion, serait soumise à l'existence de motifs justifiant cette surveillance. Les exigences de l'article 7 varieront selon qu'il existe ou non un intérêt de vie privée à protéger.

S'il est question d'une intrusion dans la vie privée, par quelque moyen que ce soit, l'État devra obtenir, aux conditions qui ont été développées pour l'article 8 de la Charte, une autorisation préalable fondée sur des motifs raisonnables et probables. Cela signifie, nous en sommes conscients, que l'État devra obtenir une autorisation judiciaire dans tous les cas où il existe un intérêt de vie privée à protéger, avant d'infiltrer un groupe ou une organisation quelconque

notamment. Il s'agit selon nous de la seule solution acceptable. Comme l'a dit Marc Rosenberg: <<*A substantial invasion of privacy results from the very use of the informer or the police operative*>>⁵⁷. L'utilisation par l'État d'agents infiltrés pour épier ses citoyens, pour ne parler que de cette forme d'intrusion, constitue une menace trop insidieuse pour qu'elle soit laissée à la seule discrétion de l'État. Aucune distinction fondée sur le moyen de surveillance utilisé ne doit être tolérée lorsqu'il est question de la vie privée des gens.

S'il s'agit pour l'État de porter son attention sur un individu en particulier, sans toutefois faire intrusion dans sa vie privée, des soupçons raisonnables seraient suffisants. Il ne s'agit pas ici d'imposer aux policiers et autres agents de l'État l'obligation d'obtenir une autorisation judiciaire à chaque fois qu'ils veulent s'intéresser de plus près à un individu en particulier. Le contrôle, dans de tels cas, aura lieu *a posteriori*, c'est-à-dire lors de l'étude de l'admissibilité de la preuve. Les tribunaux, au niveau de l'évaluation des soupçons invoqués par l'État pour justifier son intérêt à l'égard d'un individu, devraient de plus faire preuve de beaucoup de retenue. En fait, il faut laisser aux policiers les mains libres pour travailler efficacement à ce niveau. Exiger des agents de l'État qu'ils possèdent des soupçons raisonnables avant de s'intéresser de trop près à un individu constituerait cependant une garantie contre les abus qui permettrait aux tribunaux, advenant que l'État s'intéresse à quelqu'un de trop près et sans motifs valables, d'ordonner aux autorités de cesser de se comporter de la sorte ou d'accorder, le cas échéant, une réparation.

CONCLUSION

Nous comprenons que la Cour suprême ait voulu imposer des restrictions au pouvoir de l'État de surveiller les gens au moyens d'appareils électroniques. Ce souci de protéger la population contre les risques de la surveillance étatique honore la Cour suprême. La Cour n'aurait cependant pas dû utiliser l'article 8 de la Charte.

En faisant de l'article 8 de la Charte la disposition utile en matière de surveillance électronique, la Cour suprême a dû créer des distinctions entre les modes de surveillance électroniques et les autres modes de surveillance dont dispose l'État. Ces distinctions, nous l'avons vu, sont la cause de contradictions qui affectent la cohérence et la rationalité même du système de réglementation des activités de surveillance de l'État. Ce problème a été traité en profondeur dans le présent article et nous n'y reviendrons pas ici. Ce que nous voulons, dans la présente conclusion, c'est attirer l'attention du lecteur sur un danger beaucoup plus grave que l'absence de cohérence qui découle de la jurisprudence développée par la Cour suprême dans les affaires *Duarte, Thompson, Wong et Wise*: il s'agit du danger associé à la banalisation des activités de surveillance non électronique.

Pendant les milliers d'années de l'histoire humaine et bien avant l'avènement de l'électronique, d'innombrables régimes totalitaires ont maintenu leurs populations dans la peur. Ce que tous ces régimes ont en commun, outre la violence, ce n'est pas l'utilisation d'appareils électroniques pour surveiller la population mais l'existence de polices secrètes ayant recours à des informateurs, à l'infiltration et à la filature. La délation, la trahison par des parents et amis achetés ou menacés, l'infiltration des cellules humaines par des agents de l'État, l'observation de nos moindres faits et gestes et la filature de nos déplacements, représentent des atteintes aussi insidieuses (et parfois bien pires), n'en déplaise à la Cour suprême, que l'enregistrement de nos communications privées ou l'utilisation d'une balise électronique pour repérer quelqu'un. Avec respect pour la Cour, l'opinion selon laquelle l'espionnage électronique constitue le risque le plus insidieux pour la vie privée[58] ne se fonde sur rien et, de surcroît, est contredite par l'histoire. Elle est le fruit de ce que l'on pourrait qualifier d'obsession à l'endroit de l'espionnage électronique du seul fait qu'il est <<électronique>>.

En accordant à l'espionnage électronique un statut particulier et en en faisant sous toutes ses formes et dans toutes les circonstances la menace suprême qui pèse sur la liberté des citoyens et de la société même, la Cour suprême a banalisé au passage d'autres formes d'intrusions, aussi graves et aussi dommageables, sinon plus, pour la société.

La banalisation de formes de surveillance telles l'utilisation d'agents infiltrés, qui ne peut être

qualifiée de fouille, perquisition ou saisie, était une conséquence inéluctable de l'utilisation de la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives pour réglementer les activités de surveillance électronique de l'État. Cette banalisation inévitable des moyens non électroniques de surveillance qui découle de l'utilisation de l'article 8 de la Charte constitue selon nous l'argument le plus convaincant en faveur de l'utilisation de l'article 7 pour réglementer les activités de surveillance de l'État sous toutes ses formes.

Les tribunaux peuvent et doivent contribuer au maintien de la liberté. Toutefois, ils ne doivent pas être seuls à veiller. La population, ultime garante de sa propre liberté, ne devrait pas être exclue du débat relatif à la surveillance étatique. Car en excluant la population d'un débat, on court le risque qu'elle se désintéresse des questions qui s'y rattachent et qu'elle s'endorme. Pour cette raison, la communauté juridique doit s'assurer que le débat des questions relatives aux droits et libertés ne soit pas limité, comme c'est trop souvent le cas, au forum des tribunaux. C'est ce qu'avait compris le juge en chef Hand:

I often wonder whether we do not rest our hopes too much upon constitutions, upon laws and upon courts. These are false hopes; believe me, these are false hopes. [59]

La Revue juridique Thémis / volume 29 - numéro 1

[1]¹LL.M., avocat.

[2]²Charte canadienne des droits et libertés, partie 1 de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c.11)] [ci-après citée: <<Charte>>].

[3]³R. c. *Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30;
R. c. *Thompson*, [1990] 2 R.C.S. 1111; R. c. *Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36; R. c. *Wise*, [1992] 1 R.C.S. 527.

[4]⁴François OST, <<L'interprétation logique et systématique et le postulat de la rationalité du législateur>>, dans Michel VAN DE KERCHOVE (dir.), *L'interprétation en droit: Approche pluridisciplinaire*, Bruxelles, Facultés universitaires St-Louis, 1978, pp. 97 et 100. Cité par Pierre-André CÔTÉ, *Interprétation des lois*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1982, p. 256.

[5]⁵R. c. *Duarte*, R. c. *Thompson*, R. c. *Wong* et R. c. *Wise*, précitées, note 2.

[6]⁶*Id.*

[7]⁷R. c. *Duarte*, précitée, note 2, 42.

[8]⁸*Id.*, 48: <<Je ne vois pas de similitude entre le risque que quelqu'un écoute nos propos avec l'intention de les répéter et le risque couru quand quelqu'un les écoute et en fait simultanément un enregistrement permanent. Ces risques ne sont pas du même ordre de grandeur. Dans le contexte de l'application des lois, l'un des risques peut être considéré comme une atteinte raisonnable à la vie privée, l'autre une atteinte abusive.>> Voir aussi *id.*, 57: <<Une conversation avec un indicateur n'est pas une fouille, une perquisition ou une saisie au sens de la Charte. Toutefois l'interception et l'enregistrement électroniques clandestins d'une communication privée en sont.>>

[9]⁹R. c. *Thompson*, précité, note 2, 1136 et 1137.

[10]¹⁰Neil FINKELSTEIN et Mary FINKELSTEIN. *Constitutional Rights in the Investigative Process*, Toronto, Butterworths, 1991, note 26, p. 35.

[11]¹¹R. c. *Wong*, précité, note 2, 63. Ceci n'est pas contredit par le juge La Forest, pour la majorité. L'analyse que fait Marc Rosenberg des faits de l'affaire *Wong* va dans le sens de notre propre interprétation, c'est-à-dire que: <<the accused has somewhat indiscriminately invited members of the Asian community to his illegal gambling in the hotel>>. Voir Marc ROSENBERG, <<Controlling Intrusive Police Investigative Techniques Under Section 8>>, (1991) 1 C.R. (4th) 32, 38 et 39.

[12]¹²R. c. *Wong*, précité, note 2, 51.

[13]¹³*Id.*, 50.

1414*Id.*, 52 (nous avons souligné).

[15]¹⁵*Id.*, 51.

[16]¹⁶Voir aussi *R. c. Boivin*, (1986) 28 C.C.C. (3d) 129, 132 (C.A.Q.) où la juge L'Heureux-Dubé, rendant les motifs de la Cour d'appel du Québec, avait affirmé: <<Although it was an oral communication in a place which was not accessible to the general public, it was not that sort of communication which brings about an expectation of confidentiality both because of the nature of the statements made and *because of the accessibility of the place* and the type of audience, namely, 75 to 80 persons from the public, who were not pre-selected, but only invited>>. (Nous avons souligné)

[17]¹⁷Nous insistons ici sur le mot *observer* pour la raison suivante: un membre du public qui se trouvait dans la chambre d'hôtel de l'appelant au moment du jeu illégal aurait pu sans problème identifier ses occupants et observer leurs actions; les gestes que l'on pose en public sont susceptibles d'être observés par quiconque s'adonne à nous observer à un moment donné. Il n'existe de façon générale aucune attente de vie privée relativement aux gestes que nous posons en public, au vu et au su de tous: ce qu'un citoyen ordinaire peut observer, un agent de l'État sera aussi autorisé à l'observer. Il n'en va pas nécessairement à l'égard des propos que nous tenons dans un lieu public: une personne qui alors qu'elle parle dans un lieu public adopte un volume verbal approprié et se tient suffisamment proche de son interlocuteur peut en effet raisonnablement s'attendre, pour reprendre les termes mêmes du juge La Forest dans l'affaire *R. c. Duarte* (précité, note 2, 42 et 43) à ce que ses propos ne seront <<entendus que par les personnes auxquelles elle les adressait>>.

[18]¹⁸*R. c. Wong*, précité, note 2, 62 et 63.

[19]¹⁹*Id.*, 49, j. La Forest.

[20]²⁰*R. c. Wise*, précité, note 2.

[21]²¹*Id.* Les juges Sopinka et Iacobucci, également dissidents, ne se sont pas prononcés sur la question de savoir si la surveillance d'un véhicule à l'aide d'une balise violait l'article 8 de la Charte.

[22]²²*Id.*, 542.

[23]²³*Id.*

[24]²⁴*Id.*, 563.

[25]²⁵*Id.*, 557.

[26]²⁶*Milton c. La Reine*, (1985) 16 C.R.R. 215, 226 (B.C. Co. Ct.).

[27]²⁷*R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417, 431.

[28]²⁸Pour plus de précisions concernant la portée de la règle ces confessions en common law et du droit de garder le silence garanti à l'article 7 de la Charte et l'interaction qui existe entre ces deux règles, le lecteur pourra consulter l'ouvrage suivant: Pierre BÉLIVEAU, Bernard LETENDRE et Martin VAUCLAIR, *Précis élémentaire de preuve et de procédure pénales*, Montréal, Éditions Thémis, 1993, pp. 185 à 192.

[29]²⁹Il s'agit de la définition adoptée par le juge La Forest dans l'affaire *R. c. Dymont*, précitée, note 26, 431: <<À mon avis, il y a saisie au sens de l'article 8 lorsque les autorités prennent quelque chose appartenant à une personne sans son consentement.>>

30Pour une définition allant dans ce sens, voir *Petit Larousse illustré*, 1986, Paris, Larousse, 1986, p. 903.

[30]

[31]³¹*Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, 160.

[32]³²*R. c. Dymont*, précité, note 26, 436.

3333*Hunter c. Southam Inc.*, précité, note 30, 159.

[34]³⁴*R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495.

[35]³⁵*R. c. Duarte*, précité, note 2.

[36]³⁶*R. c. Wong*, précité, note 2.

[37]³⁷*R. c. Wise*, précité, note 2.

[38]³⁸*R. c. Thompson*, précité, note 2.

[39]³⁹Ce fut le cas selon nous dans les affaires *R. c. Wong* et *R. c. Wise*, précitées, note 2. Voir les commentaires que nous avons formulés à cet effet dans la première partie du présent article.

[40]⁴⁰N. FINKELSTEIN et M. FINKELSTEIN, *op. cit.*, note 9, p. 35.

4141Alan F. WESTIN, *Privacy and Freedom*, New York, Atheneum, 1967, p. 57.

[42]⁴²*Id.*

[43]⁴³*Id.*, p. 23.

[44]⁴⁴*Id.*, p. 57.

[45]⁴⁵*Id.*, p. 58 (nous avons souligné).

[46]⁴⁶*Id.*, p. 59.

4747AMERICAN CIVIL LIBERTIES UNION, dans John P. BEADLEY, Leof DANIELS et Thomas C. JONES (dir.), *The International Dictionary of Thoughts*, Chicago, J.G. Ferguson Publishing Company, p. 688.

[48]⁴⁸MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois: les grands thèmes*, coll. <<Idées>>, Saint-Amand, Gallimard, 1970, p. 169.

[49]⁴⁹*Id.*

5050A.F. WESTIN, *op. cit.*, note 40, p. 69 (nous avons souligné).

5151*Id.*, p. 7.

[52]⁵²*R. c. Simmons*, précitée, note 33.

[53]⁵³A.F. WESTIN, *op. cit.*, note 40, p. 55 (renvois supprimés).

[54]⁵⁴AMSTERDAM, <<Perspectives on the Fourth Amendment>>, (1974) 58 *Minn. L. Rev.* 385, 404.

[55]⁵⁵M. ROSENBERG, *loc. cit.*, note 10, 43 et 44 (renvois supprimés).

[56]⁵⁶Voir *supra*, notes 22 et 23.

5757M. ROSENBERG, *loc. cit.*, note 10, 40.

[58]⁵⁸R. c. *Duarte*, précité, note 2, 43: <<on peut difficilement concevoir une activité de l'État qui soit plus dangereuse pour la vie privée des particuliers que la surveillance électronique>>. Voir aussi R. c. *Wong*, précité, note 2, 47 et 48.

[59]⁵⁹Francis Dunham WORMUTH, *Essays in Law and Politics*, Port Washington, N.Y., Kennikat Press, National University Publications, 1978, p. 78.